

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr. LQ100041-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. M. Schafitz und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiber lic. iur. G. Kenny

## **Beschluss vom 16. März 2012**

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Klägerin und Rekurrentin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Beklagter und Rekursgegner

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

sowie

**C.** \_\_\_\_\_,

Verfahrensbeteiligter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Z. \_\_\_\_\_

betreffend **vorsorgliche Massnahmen (Beistandschaft, Abänderung Unterhaltsbeiträge)**

**Rekurs gegen eine Verfügung der Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom 25. Mai 2010 (FE090133)**

---

### **I. Prozessgeschichte**

1. Die Parteien leben seit tt.mm.2006 getrennt. In dem vor Bezirksgericht Zürich durchgeführten Eheschutzverfahren (Prozess-Nr. EE060769) schlossen sie eine Trennungsvereinbarung, welche mit Verfügung vom 1. November 2007 genehmigt bzw. vorgemerkt wurde. Mit der nämlichen Verfügung wurde den Parteien unter anderem einverständlich die Obhut über die Tochter D.\_\_\_\_\_ (geb. tt.mm.1991) entzogen und der Sohn C.\_\_\_\_\_ (geb. tt.mm.1997) unter die Obhut der Klägerin und Rekursgegnerin (fortan nur noch Klägerin) gestellt. Der Beklagte und Rekurrent (nachfolgend nur Beklagter) verpflichtete sich dabei zur Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen für die Klägerin und C.\_\_\_\_\_. Die Höhe der Unterhaltszahlungen wurde gestaffelt und in Abhängigkeit der Fremdplatzierung von D.\_\_\_\_\_ festgelegt. Da D.\_\_\_\_\_ in der Folge nur für kurze Zeit fremd platziert war, betrug der Unterhaltsbeitrag schliesslich ab November 2007 für die Klägerin Fr. 3'490.– sowie für C.\_\_\_\_\_ Fr. 1'000.– (zuzüglich Kinderzulagen) pro Monat (vgl. von der Vorinstanz beigezogene Akten EE060769 Urk. 39 S. 5 ff [Eheschutzverfahren vor dem Bezirksgericht Zürich]; Urk. 3 S. 20 f.; Urk. 11 S. 23 Ziff. 25).

2. Am 5. November 2008 strengte die Klägerin beim Friedensrichter der Stadt E.\_\_\_\_\_ eine Scheidungsklage an. Mit Schreiben vom 4. Februar 2009

übermittelte die Klägerin sodann die entsprechend Weisung nebst Scheidungsbegehren ans Bezirksgericht Zürich (Urk. 6/1 f.).

3. Mit Eingabe vom 2. Juni 2009 begehrte der Beklagte vorsorgliche Massnahmen an. Er stellte folgende Anträge (Urk. 6/17 S. 2):

- " 1. Es sei eine Beistandschaft gemäss Art. 308 ZGB über den gemeinsamen Sohn C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.1997, zu errichten.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin."

Mit Eingabe vom 6. August 2009 ergänzte der Beklagte seine Anträge wie folgt (Urk. 6/43 S. 2):

- " 1. Es sei der monatliche Unterhaltsbeitrag der Klägerin von 3'490.00 gemäss Dispositiv-Ziffer 8. 7 a) der Eheschutzverfügung vom 1. November 2007 (EE060769) mit Wirkung ab 7. August 2009 für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens zu reduzieren.
  - 1.1 Eventualiter, falls Antrag Ziffer 1 nicht gutgeheissen wird, sei die Klägerin mit Wirkung ab 7. August 2009 für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens zu verpflichten, der Tochter D.\_\_\_\_\_ angemessene monatliche Unterhaltsbeiträge zu bezahlen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWST zulasten der Klägerin im Hauptverfahren."

Die Vorinstanz befand in der Folge mit Verfügung vom 25. Mai 2010 über die beantragten Massnahmen (Urk. 3 S. 36 ff.):

- " 1. Für das Kind C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.1997, wird im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB eine Beistandschaft angeordnet. Dem Beistand werden die folgenden Aufgaben übertragen:
  - Unterstützung der Parteien in ihrer Entscheidungsfindung im Rahmen ihrer gemeinsamen elterlichen Sorge betreffend den gemeinsamen Sohn C.\_\_\_\_\_;
  - Ermöglichung und Förderung der Ausübung des mit Verfügung vom 1. November 2007 (Prozess Nr. EE060769, act. 39) gerichtlich genehmigten Besuchsrechts bezüglich des Kindes C.\_\_\_\_\_ durch den Beklagten (insbesondere auch Festlegung von Terminen und Modalitäten der Besuchsrechtsausübung bei Uneinigkeit zwischen der Klägerin und dem Beklagten).
2. Die Vormundschaftsbehörde F.\_\_\_\_\_ wird ersucht, einen Beistand im erwähnten Sinne zu ernennen.
3. Ziffer 8.6. der Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich vom 1. November 2007 wird abgeändert und lautet neu wie folgt:

"6. ...

a) Kinder- und Ehegattenunterhalt

Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für die Dauer des Verfahrens nachfolgende Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:

(...)

- ab 7. August 2009 bis und mit September 2009: Fr. 3'915.-- zuzüglich Kinderzulagen (Fr. 1'000.-- für das Kind C.\_\_\_\_\_ zuzüglich Kinderzulagen, Fr. 2'915.-- für die Klägerin);

für Oktober 2009 und April 2010: Fr. 3'990.-- zuzüglich Kinderzulagen (Fr. 1'000.-- für das Kind C.\_\_\_\_\_ zuzüglich Kinderzulagen, Fr. 2'990.-- für die Klägerin);

von November 2009 bis und mit März 2010: Fr. 4'175.-- (Fr. 1'000.-- für das Kind C.\_\_\_\_\_ zuzüglich Kinderzulagen, Fr. 3'175.-- für die Klägerin);

ab Mai 2010 Fr. 4'190.-- (Fr. 1'000.-- für das Kind C.\_\_\_\_\_ zuzüglich Kinderzulagen, Fr. 3'190.-- für die Klägerin).

(...)

b) Grundlagen der Unterhaltsberechnung

Dieser Entscheidung liegen folgende finanzielle Verhältnisse der Parteien zugrunde:

- Einkommen der Klägerin: Fr. 1'400.-- netto bis und mit April 2010, Fr. 1'000.-- netto ab Mai 2010;
- Erwerbseinkommen des Beklagten (inkl. Bonus, Familienzulage, ohne Kinderzulagen): Fr. 8'053.-- netto;

(...)

- Bedarf der Klägerin mit dem Kind C.\_\_\_\_\_: Fr. 4'904.25 ab 7. August 2009, Fr. 5'254.25 im Oktober 2009, Fr. 5'622.-- von November 2009 bis und mit März 2010, Fr. 5'284.65 ab April 2010;
- Bedarf des Beklagten mit der erwachsenen Tochter D.\_\_\_\_\_: Fr. 3'727.-- ab 7. August 2009, Fr. 3'927.-- von Oktober bis und mit Dezember 2009, Fr. 3'956.-- ab Januar 2010."

4. Es wird festgestellt, dass der Beklagte betreffend die seit dem 7. August 2009 zu viel bezahlten Unterhaltsbeiträge zur Verrechnung mit den zukünftig geschuldeten Unterhaltsbeiträgen befugt ist.
5. (Mitteilungssatz).
6. (Rechtsmittelsatz).
7. Einem allfälligen Rekurs gegen diesen Entscheid wird betreffend Dispositiv Ziffern 1 und 2 die aufschiebende Wirkung entzogen. Damit sind Dispositiv Ziffern 1 und 2 der Verfügung vollstreckbar."

4. Mit Eingabe vom 14. Juni 2010 erhob die Klägerin rechtzeitig Rekurs mit folgenden Anträgen (Urk. 2. S. 2):

- " 1. Es sei die angefochtene Verfügung vollumfänglich und ersatzlos aufzuheben.
2. Bezüglich der Dispositiv-Ziffern 1 und 2 der angefochtenen Verfügung sei die aufschiebende Wirkung des Rekurses wieder zu erteilen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Rekursgegners."

Überdies stellte die Klägerin das Gesuch, es sei ihr eine Frist von 20 Tagen zur ergänzenden Rekursbegründung anzusetzen. Diesem Gesuch wurde mit Verfügung vom 21. Juni 2010 entsprochen (Urk. 7 S. 2 Dispositiv-Ziff. 1). In der Folge ging die ergänzende Rekursbegründung rechtzeitig hier ein (Urk. 11). Dem Beklagten wurde in der Folge eine Frist von 10 Tagen angesetzt, um sich zum Gesuch um Wiedererteilung der aufschiebende Wirkung vernehmen zu lassen sowie eine Frist von 20 Tagen, um den Rekurs zu beantworten (Urk. 18 S. 2 Dispositiv-Ziff. 2). Unterm 29. Juli 2010 liess sich der Beklagte rechtzeitig vernehmen und beantragte, das Gesuch um Wiedererteilung der aufschiebenden Wirkung sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin abzuweisen (Urk. 21 S. 2). Mit Schreiben vom 6. August 2010 erstattete der Beklagte sodann rechtzeitig die Rekursantwort und beantragte die vollumfängliche und kostenpflichtige Abweisung des Rekurs (Urk. 28 S. 2).

Mit Verfügung vom 30. August 2010 wurde das Gesuch um Wiedererteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen (Urk. 30 S. 8 Dispositiv-Ziff. 1).

5. Mit Eingabe vom 17. Juli 2010 gab der Sohn C.\_\_\_\_\_ bekannt, er habe Rechtsanwältin lic. iur. Z.\_\_\_\_\_ beigezogen und bevollmächtigt (Urk. 16/2 und 17). Mit Schreiben vom 22. Juli 2010 gelangte in der Folge Rechtsanwältin lic. iur. Z.\_\_\_\_\_ an die Kammer und zeigte an, die Vertretung von C.\_\_\_\_\_ übernommen zu haben. Sie beantragte was folgt (Urk. 19 S. 2):

- " Es sei für C.\_\_\_\_\_ eine Prozessbeistandschaft anzuordnen und die Unterzeichnete sei via Vormundschaftsbehörde als seine Kindsvertreterin im Rahmen des pendenden Verfahrens vor Obergericht (und Bezirksgericht) zu ernennen."

In der Folge gab die Vorinstanz mit Verfügung vom 2. September 2010 C.\_\_\_\_\_ einen Beistand zur Vertretung im Prozess bei und ersuchte die Vormundschaftsbehörde F.\_\_\_\_\_, den Beistand zu bestellen. Am 10. September

2010 beschloss die Vormundschaftsbehörde, Rechtsanwältin lic. iur. Z.\_\_\_\_\_ als Prozessbeiständin zu bestellen und teilte dies der Kammer mit (Urk. 32 f.).

Mit Verfügung vom 19. Oktober 2010 wurde C.\_\_\_\_\_ eine Frist von 10 Tagen angesetzt, um hinsichtlich der Dispositiv-Ziff. 1 und 2 der angefochtenen Verfügung eigene Rekursanträge zu stellen und zu begründen (Urk. 36 S. 2 Dispositiv-Ziff. 1).

Innert erstreckter Frist beantragte C.\_\_\_\_\_ unterm 11. November 2010 was folgt (Urk. 38 S. 1):

"

**Antrag:**

Dispositiv-Ziffern 1 und 2 der angefochtenen Verfügung seien ersatzlos aufzuheben.

**Eventualiter:**

1. Dispositiv-Ziffern 1 und 2 der angefochtenen Verfügung seien aufzuheben.
2. Es sei Vormerk zu nehmen, dass der Verfahrensbeteiligte mit Frau G.\_\_\_\_\_ regelmässig therapeutisch arbeitet. Im Sommer 2011 sei die Therapeutin aufzufordern, einen ersten Zwischenbericht zu erstatten."

Mit Verfügung vom 16. November 2010 wurde diese Eingabe den Parteien zur Kenntnis gebracht (Urk. 39 S. 2 Dispositiv-Ziff. 1).

6. Mit der nämlichen Verfügung vom 16. November 2010 wurde der Klägerin eine Frist von 10 Tagen zur Novenstellungnahme angesetzt (Urk. 39 S. 2 Dispositiv-Ziff. 2), welche innert erstreckter Frist rechtzeitig erfolgte (Urk. 42).

In der Folge wurde dem Beklagten mit Verfügung vom 24. Januar 2011 Frist von 10 Tagen angesetzt, um sich zu allfälligen Noven, zu welchen er sich noch nicht äussern konnte, Stellung zu nehmen (Urk. 47 S. 2 Dispositiv-Ziff. 1). Innert erstreckter Frist erstattete der Beklagte seine Stellungnahme. Dabei zog der Beklagte sein Begehren betreffend vorsorgliche Massnahmen vom 2. Juni 2009 zurück. Neu beantragte er, was folgt (Urk. 49 S. 2 f.):

" Es sei Vormerk zu nehmen, dass der Verfahrensbeteiligte mit Frau G.\_\_\_\_\_ regelmässig, mindestens einmal pro Woche, Therapeutisch arbeitet. Im Sommer 2011 sei die Therapeutin aufzufordern, einen ersten Zwischenbericht zu erstellen."

Die Stellungnahme wurde in der Folge der Klägerin und C.\_\_\_\_\_ zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 50). Sowohl die Klägerin als auch C.\_\_\_\_\_ liessen sich in der Folge vernehmen, stellten aber keine weiteren Anträge (Urk. 51 f.).

7. Am 10. Oktober 2011 teilte die Klägerin mit, dass D.\_\_\_\_\_ Schwierigkeiten mit der Ausbildung habe sowie, dass der Beklagte durch eine Erbschaft in günstigere finanzielle Verhältnisse gekommen sei (Urk. 55). Der Beklagte liess sich diesbezüglich unterm 14. November 2011 vernehmen. Er bestritt die Vorbringen der Klägerin vollumfänglich. Er legte dar, seine finanzielle Lage habe sich durch die Erbschaft nicht verbessert, vielmehr sei er nun mit Ausgaben konfrontiert, welche neu zu berücksichtigen seien. Ausserdem wies er darauf hin, dass die Klägerin Minderwertentschädigung für die ehemalige Familienwohnung in der Höhe von Fr. 50'000.– erhalten habe. Sie könne nun über den entsprechenden Vermögensertrag verfügen. Dabei behielt er sich auch ausdrücklich vor, ein Abänderungsbegehren vor der Vorinstanz zu stellen (Urk. 59). Mit Datum vom 23. Februar 2012 liess sich sodann die Klägerin zur Stellungnahme des Beklagten vernehmen. Sie bestritt die Ausführungen des Beklagten. Insbesondere legte sie dar, dass der Vater des Beklagten durchaus ein ansehnliches Einkommen und Vermögen gehabt habe sowie, dass die Minderwertentschädigung für die Familienwohnung für die laufenden Kosten nahezu aufgebraucht worden sei (Urk. 64).

8. Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (Urk. 18).

## **I. Prozessuale Anmerkungen**

1. Am 1. Januar 2011 ist die neue Schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt jedoch für Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Damit sind für das vorliegende Verfahren weiterhin die Bestimmungen der kantonalzürcherischen Zivilprozessordnung (nachfolgend ZPO/ZH) und des Gerichtsverfassungsgesetzes (nachfolgend GVG/ZH) sowie die Verfahrensbestimmungen von Art. 135-149 sowie Art. 280-

284 des Zivilgesetzbuches in der vor dem 1. Januar 2011 geltenden Fassung (nachfolgend aZGB) anzuwenden.

2. Vorliegend handelt es sich um ein Verfahren summarischer Natur, in welchem die tatsächlichen Verhältnisse grundsätzlich nicht bis in alle Einzelheiten zu klären sind, sondern deren Glaubhaftmachung genügt. Das Gericht braucht nicht von der Richtigkeit der aufgestellten Behauptungen überzeugt zu sein. Vielmehr genügt es, dass aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die fraglichen Tatsachen besteht. Insbesondere gilt ein Sachverhalt als glaubhaft gemacht, wenn die entsprechenden Behauptungen in sich selbst, aber auch untereinander nicht widersprüchlich sind, mit den verfügbaren Belegen in Einklang stehen und so ein stimmiges, lebensnahes und nachvollziehbares Gesamtbild entsteht. Nicht glaubhaft gemacht ist hingegen ein Sachverhalt, wenn bloss eine unbestimmte Möglichkeit besteht, dass dieser der Realität entspricht (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen ZPO, 3. Auflage, Zürich 1997, § 110 N 5).

3. Das Massnahmeverfahren dient der Regelung bzw. Änderung von bisherigen Regelungen, welche nicht bis zum Endentscheid aufgeschoben werden können. Es gilt, einen "modus vivendi" zu finden. Da die Regelung nur während einer begrenzten Dauer gelten soll, können keine fein ziselierten und bis ins letzte Detail gehende Regelungen getroffen werden. Vielmehr gilt es, die wichtigsten Punkte in praktikabler Weise zu regeln; definitive und ausdifferenzierte Lösungen sind hernach im Hauptverfahren zu erarbeiten. Dabei ist zu vermeiden, dem in der Hauptsache erkennenden Gericht vorzugreifen.

## **II. Beistandsschaft**

1. Ein Rechtsbegehren kann bis zur Eröffnung des entsprechenden Entscheides bei der erkennenden Instanz zurückgezogen werden. Danach kann ein Rückzug auch im Rechtsmittelverfahren erfolgen (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O, ZPO § 188 N 16; vgl. auch ZPO § 51 N 17 m.w.H.). Der Beklagte kann sein Mas-

snahmbegehren um Verbeiständung von C.\_\_\_\_\_ im Sinne von Art. 308 ZGB also auch noch in vorliegendem Rekursverfahren zurückziehen.

2.1. Gemäss § 188 Abs. 3 ZPO/ZH muss eine Rückzugserklärung zulässig und klar sein. Die Erklärung des Beklagten, er wolle sein Massnahmbegehren um Verbeiständung C.\_\_\_\_\_s im Sinne von Art. 308 ZGB zurückziehen, ist klar; auch an der grundsätzlichen Zulässigkeit ist nicht zu zweifeln.

2.2. Der Beklagte teilte mit, der Rückzug erfolge nicht aus Überzeugung, sondern aus Resignation und Enttäuschung. Ausserdem wies er darauf hin, dass die Kammer in Kinderbelangen nicht an die Anträge der Parteien gebunden sei (Urk. 49 S. 2 ff.).

2.3. Soweit vorliegend Kinderbelange zu regeln sind, gilt zum Schutze der Kindesinteressen die uneingeschränkte Official- und Untersuchungsmaxime (Bräm/Hasenböhler, Zürcher Kommentar, Art. 169-180 ZGB, 3. Aufl., Zürich 1997, Art. 176 N 17 und N 117; Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar, Art. 159-180 ZGB, 2. Aufl., Bern 1999, Art. 176 N 41; Bühler/Spühler, Berner Kommentar, Art. 137-158 ZGB, 3. Aufl., Bern 1980, Art. 145 aZGB N 252 f. und N 418). Das erkennende Gericht ist somit einerseits nicht an die Anträge der Parteien gebunden, andererseits ist den Parteien die Verfügung über den Prozessgegenstand entzogen.

2.4. Einen Prozess anzustrengen und ein nicht in der Disposition der Parteien stehendes Recht beurteilen zu lassen, liegt aber einzig in der Macht der Parteien. So kann ein Gericht nicht aus eigener Initiative aktiv werden, es bedarf stets eines Parteiantrages. Wie es in der Macht der Parteien steht, ein nicht in ihrer Disposition stehendes Recht durch ein Gericht prüfen zu lassen, können sie den entsprechenden Antrag auch wieder zurückziehen und auf die betreffende gerichtliche Prüfung verzichten (BGer 5A\_663/2011 vom 8. Dezember 2011, E. 4.5.3). Ist dem Gericht im betreffenden Verfahren ein Umstand bekannt geworden, der ein behördliches Eingreifen notwendig erscheinen lässt, beschränken sich dessen Handlungsmöglichkeiten darauf, dies den zuständigen Stellen wie z. B. der Vormundschaftsbehörde zur Kenntnis zu bringen. Selber Anordnungen

zu treffen, ist dem Gericht aber nach einem gültigen Rückzug verwehrt. Es muss das Verfahren als durch Rückzug erledigt abschreiben, seine Zuständigkeit ist entfallen.

3. Der Rückzug des Massnahmebegehrens um Verbeiständung von C.\_\_\_\_\_ gemäss Art. 308 ZGB ist im Sinne von § 188 Abs. 3 ZPO/ZH zulässig und klar. Der Rückzug steht in der Macht des Beklagten und ist somit beachtlich, das Gericht kann daher trotz der geltenden Officialmaxime keine weiteren Anordnungen treffen.

Der Rückzug eines Antrages im Rechtsmittelverfahren lässt entgegen der Ansicht des Beklagten einen Antrag – bzw. das Rechtsmittelverfahren im entsprechenden Umfang – nicht gegenstandslos werden; dieser ist vielmehr als durch Rückzug erledigt abzuschreiben.

Dementsprechend ist der Antrag auf Verbeiständung von C.\_\_\_\_\_ als durch Rückzug erledigt abzuschreiben.

### **III. Vormerknahme Therapie**

1. Der Beklagte beantragte gleichzeitig mit seinem hiavor behandelten Rückzug, es sei Vormerk zu nehmen, dass C.\_\_\_\_\_ mit einer Psychologin mindestens einmal pro Woche therapeutisch arbeite. Auch C.\_\_\_\_\_ selbst beantragte eventualiter eine Vormerknahme seiner Besuche bei einer Psychologin (Urk. 49 S. 2 ff.; Urk. 38 S. 1 ff.). Die Klägerin schloss sich dem betreffenden Eventualantrag von C.\_\_\_\_\_ an (Urk. 42 S. 5).

2. Grundsätzlich dürfen einmal gestellte Rekursanträge nicht mehr geändert werden, ausser wenn sie in ihrer ursprünglichen Fassung mangelhaft waren und daher der Verbesserung bedürfen (§ 276 Abs. 2 ZPO/ZH). Das in § 278 bzw. § 267 ZPO/ZH für das Rekursverfahren vorgesehene Novenrecht verweist zwar auf § 115 und § 138 ZPO/ZH, bezieht sich jedoch lediglich auf neue Tatsachenbehauptungen, Bestreitungen und Einreden, nicht indessen auf neue Rechtsmittelanträge (ZR 79 Nr. 107; ZR 78 Nr. 50). Daran ändert auch die in § 200 Abs. 1

ZPO/ZH vorgesehene Möglichkeit der Klageänderung in familienrechtlichen Prozessen nichts, da diese nur nach Massgabe der § 278 und § 267 ZPO/ZH zulässig ist. Die Zulässigkeit des neuen Antrages des Beklagten müsste somit vertieft geprüft werden. Wie sogleich aufgezeigt werden wird, kann aber darauf verzichtet werden, da bereits aus anderen Gründen nicht auf den Antrag eingetreten werden kann.

3.1. Aus der Begründung zum Antrag auf Vormerknahme des Klägers erhellt, dass durch diese sichergestellt werden soll, dass C.\_\_\_\_\_ regelmässig seine Psychologin besucht. Nötig sei die Vormerknahme, da er – der Kläger – fürchte, dass die Psychotherapie neben den weiteren Therapien für C.\_\_\_\_\_s Cerebralparese zu kurz kommen könnte (Urk. 49 S. 7 Ziff. 2.4. ff.). Ein ähnliches Ziel scheint C.\_\_\_\_\_ anzustreben (Urk. 38 S. 6 Ziff. 5).

3.2. Eine Vormerknahme ist nicht als eigenes Institut in der ZPO/ZH geregelt, sie kommt aber in der Praxis häufig vor. Dabei dient die Vormerknahme hauptsächlich der Beweiserleichterung, Klarstellung und allenfalls Information Dritter. Je nach Verfahrens- und Entscheidart rückt eine Vormerknahme in die Nähe einer Feststellung. Durch die Vormerknahme selber werden aber keine Rechte und Pflichten direkt begründet. So werden beispielsweise bei der Vormerknahme einer Vereinbarung nicht Rechte und Pflichten durch die Vormerknahme, sondern durch die vorgemerkte Vereinbarung begründet. Die Vormerknahme erleichtert nur den Nachweis der Vereinbarung bzw. deren Inhalt.

Aus dem Umstand, dass C.\_\_\_\_\_ bisher regelmässig mit einer Psychologin therapeutisch gearbeitet hat, können keine Pflichten für die Zukunft abgeleitet werden. Im vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die angestrebte Sicherstellung des regelmässigen inskünftigen Therapiebesuches durch die Vormerknahme eines bisherigen Therapiebesuches nicht erreicht werden kann.

3.3. Da mit der Vormerknahme das angestrebte Ziel nicht erreicht werden kann, fehlt das rechtliche Interesse an deren Beurteilung. Auf den entsprechenden Antrag ist daher nicht einzutreten.

3.4. Nur der Vollständigkeit halber ist anzufügen, dass eine Verpflichtung der Parteien, um einen regelmässigen Therapiebesuch besorgt zu sein, unter Umständen durch eine Weisung im Sinne von Art. 307 Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 315a Abs. 1 ZGB realisiert werden könnte. Seitens der Parteien wurde eine solche nicht beantragt. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass alle Beteiligten sich gegenüber der Therapie positiv äusserten und sehr ähnliche Anträge betreffend der Vormerknahme gestellt haben, besteht seitens der Kammer kein Anlass, von Amtes wegen eine entsprechende Weisung zu erteilen.

3.5. Weiter wurde beantragt, die Therapeutin sei im Sommer 2011 aufzufordern, einen Bericht zu erstatten (Urk. 38 S. 1; Urk. 49 S. 3). Dabei wird aber offen gelassen, an wen und zu welchem Zweck der Bericht zu erstatten sei (Urk. 38 S. 6 Ziff. 5; Urk. 49 S. 7 Ziff. 2.4 ff).

Vor diesem Hintergrund, aufgrund der zur Vormerknahme der Therapie dargelegten Überlegungen und da auf den Antrag der Vormerknahme nicht einzutreten ist, erübrigt sich die Behandlung dieses Antrags. Es ist daher auf diesen ebenfalls nicht einzutreten.

#### **IV. Reduktion der Unterhaltsbeiträge an die Klägerin**

1.1. Die Vorinstanz führte aus, dass sich das Einkommen des Beklagten sowie die allgemeinen Lebenshaltungskosten nur geringfügig verändert hätten (Urk. 3 S. 22 ff.). Neu sei der Beklagte aber mit Kosten für die Ausbildung der Tochter D.\_\_\_\_\_ belastet (Urk. 3 S. 25). Diese Mehrbelastung sei wesentlich, nicht voraussehbar und dauerhaft, mithin ein Abänderungsgrund im Sinne von Art. 179 Abs. 1 ZGB. Entsprechend berechnete die Vorinstanz die Leistungsfähigkeit des Beklagten neu und reduzierte seine Unterhaltsverpflichtung (Urk. 3 S. 22 ff.).

1.2. Die Klägerin hielt diesem Standpunkt zusammengefasst entgegen, die Tochter D.\_\_\_\_\_ sei zwischenzeitlich volljährig geworden. Die Berücksichtigung ihrer Unterhaltskosten im Bedarf des Beklagten sei daher in Bezug auf die Berechnung der Unterhaltspflichten gegenüber der Klägerin und C.\_\_\_\_\_ nicht zu-

lässig (Urk. 2 S. 5 Ziff. 2.2 ff.). Es handle sich bei der Unterhaltsverpflichtung gegenüber D.\_\_\_\_\_ überdies um eine freiwillig eingegangene Verpflichtung, weshalb diese nicht als Abänderungsgrund im Sinne von Art. 179 Abs. 1 ZGB zu qualifizieren sei (Urk. 11 S. 17 Ziff. 2 ff.).

1.3. Der Gesuchsteller machte hauptsächlich geltend, dass die Argumentation der Vorinstanz korrekt sei und schloss auf Abweisung des Rekurses (Urk. 28 S. 2, S. 7 ff. und S. 24 f.).

1.4. Detailliert wird nachfolgend auf die Vorbringen der Parteien eingegangen, soweit dies zur Entscheidung notwendig ist.

2.1.1. D.\_\_\_\_\_, Empfängerin der streitgegenständlichen Unterhaltsleistungen, ist am tt.mm.2009 mündig geworden (Art. 14 ZGB). Sie wohnt bei ihrem Vater, dem Beklagten (Urk. 6/3 S. 20; Urk. 64 S. 2). Mit Erreichen der Mündigkeit basiert die elterliche Unterhaltspflicht nicht mehr auf Art. 277 Abs. 1 ZGB sondern auf Art. 277 Abs. 2 ZGB. Gegenüber Mündigen besteht im Gegensatz zu Unmündigen keine absolute Unterhaltspflicht, sondern unter anderem nur, wenn dem Unterhaltsverpflichteten Unterhaltsleistungen zugemutet werden können.

2.1.2. Aus diesem Unterschied zwischen Mündigen- und Unmündigenunterhalt folgt, dass der Mündigenunterhalt dem Unmündigenunterhalt nachgeht (BGer 5C.5/2003 vom 8. Mai 2003, E. 3.3). Gleiches gilt für den Unterhaltsanspruch des Ehegatten; diesem geht der Mündigenunterhaltsanspruch ebenso nach (BGE 132 III 209 E. 2.3 = Pra 96 (2007) Nr. 6 S. 33 f.). Auch kann eine Unterhaltsverpflichtung gegenüber einem mündigen Kind in der Betreuung eines Unterhaltsverpflichteten dessen Gläubigern nicht entgegengehalten werden (BSK-SchKG I-Vonder Mühl, Art. 93 N 24 [S. 909]), sie kann mithin nicht im betriebsrechtlichen Existenzminimum des Schuldners berücksichtigt werden. Das Bundesgericht hat sodann in einem jüngeren Entscheid die Berücksichtigung von Mündigenunterhaltsverpflichtungen im erweiterten Notbedarf des Unterhaltsverpflichteten bei der Berechnung von Ehegattenunterhalt gar als willkürlich qualifiziert (BGE 132 III 209 E. 2.3 = Pra 96 (2007) Nr. 6 S. 33 f., bestätigt und verdeutlicht in BGer 5C.40/2007 vom 6. Juni 2007 E. 4.).

2.2.1. Der Vereinbarung der Parteien im Eheschutzverfahren (vgl. von der Vorinstanz beigezogene Akten EE060769 act. 33/4 und 34 Ziff. 7) als auch dem vorliegend angefochtene Entscheid (Urk. 3. S. 33 ff.) liegt die Berechnungsmethode des betriebsrechtlichen Existenzminimums mit Überschussverteilung zu Grunde (vgl. dazu grundsätzlich: Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, S. 55 ff.). Diese Methode ist gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung für die vorliegenden Verhältnisse angebracht (BGE 134 III 577, E. 3. m.w.H.); dementsprechend brachten die Parteien auch keine methodischen Einwände vor. Die dieser Methode zugrundeliegenden Berechnung des erweiterten betriebsrechtlichen Existenzminimums bietet wie soeben unter Ziff. V. 2.1.2. hiervor ausgeführt keinen Raum, eine Verpflichtung zu Mündigenunterhalt zu berücksichtigen.

2.2.2. Der Gesetzgeber hat dem Gericht, welches über Eheschutzmassnahmen zu entscheiden hat, weites Ermessen eingeräumt. Dies bringt mit sich, dass derselbe Prozessstoff unter Umständen in einem anderen Verfahren, unterschiedlich gewürdigt werden kann. Aus Gründen der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens, muss verhindert werden, dass Abänderungsgesuche nur zur Erstreitung einer anderen, für die streitbereite Partei vorteilhafteren Würdigung angehoben werden, zumal Eheschutzmassnahmen nur für einen begrenzten Zeitraum wirken. Deshalb ist im Rahmen eines Abänderungsverfahrens die Wiedererwägung einer eheschutzrichterlichen Anordnung bloss aufgrund abweichender Würdigung des Prozessstoffes – zum Beispiel aufgrund einer anderen Methodenwahl – ausgeschlossen; dass eine frühere Entscheidung unbillig oder unzweckmässig erscheint, vermag – besondere Ausnahmefälle vorbehalten – eine Abänderung nicht zu rechtfertigen (ZR 78 Nr. 125; vgl. auch Bachmann, Die Regelung des Getrenntlebens nach Art. 176 und 179 ZGB sowie nach zürcherischem Verfahrensrecht, St. Gallen 1995, S. 230). Da vorliegend offensichtlich keine Änderung der tatsächlichen Verhältnisse stattgefunden hat, welche einen Methodenwechsel indizieren würde, ist nach wie vor die Methode des betriebsrechtlichen Existenzminimums mit Überschussverteilung anzuwenden.

2.2.3. Aus soeben Ausgeführtem geht hervor, dass unabhängig davon, ob der Beklagte D.\_\_\_\_\_ freiwillig oder aufgrund einer gesetzlichen oder moralischen Pflicht unterstützt, die entsprechenden Ausgaben nicht bei einer allfälligen Neuberechnung des erweiterten Existenzminimums als Grundlage der gegenseitigen Unterhaltspflichten und -berechtigungen der Parteien berücksichtigt werden können.

2.3.1. Die Vorinstanz berücksichtigte im erweiterten Grundbedarf des Beklagten entgegen der höchstrichterlichen Rechtsprechung die Unterhaltskosten für D.\_\_\_\_\_. Sie stellte bei ihrem Entscheid auf die Lehrmeinung ab, dass Unterhaltsansprüche von 18 bis 20 Jahre alten Mündigen gleichrangig sein sollten, wie jene der Unmündigen (Urk. 3 S. 19 ff.). Dies, da die jungen Mündigen genauso auf Unterhalt angewiesen seien wie die Unmündigen (Hausheer/Spycher, a.a.O. S. 556 Rz 08.31a und S. 559 Rz 08.35a).

2.3.2. Vor dem Hintergrund, dass eine Erstausbildung vor Vollendung des 18. Lebensjahres kaum je beendet ist, bzw. dass eine solche aufgrund der Dauer der allgemeinen Schulpflicht und der meisten Berufsausbildungen regelmässig überhaupt erst mit 19 oder 20 Jahren beendet werden kann, ist der Standpunkt dieser Autoren durchaus nachvollziehbar, zumal die Mündigkeit erst seit dem 1. Januar 1996 bereits mit Vollendung des 18. Lebensjahres erreicht wird, zuvor waren es 20 Jahre.

2.3.3. Die Ansicht der Autoren findet im Gesetzestext jedoch keine Stütze, so unterscheidet Art. 277 ZGB zwischen Mündigen und Unmündigen; eine dritte Kategorie der 18 - 20 Jahre alten Mündigen ist im Gesetz nicht vorgesehen.

2.3.4. Die Ansicht der Autoren entspricht nicht der höchstrichterlichen Rechtsprechung. So wurde wie bereits erwähnt entschieden, dass die Berücksichtigung von Unterhaltspflichten gegenüber Mündigen im Existenzminimum des Unterhaltsverpflichteten bei der Berechnung der Unterhaltspflicht gegenüber der (geschiedenen) Ehefrau willkürlich sei (BGE 132 III 209, E.2.3. = Pra 96 (2007) Nr. 6 S. 33). Dabei ist darauf hinzuweisen, dass das Bundesgericht die unter Ziff. V.2.3.2 hiervoor erwähnte Problematik des Entfallens der Unterhaltspflicht während

der Ausbildung erkannt hat, aber dennoch an der besagten Rechtsprechung festhält (BGE 129 III 375, E.3.3).

2.3.5. Der Botschaft des Bundesrates zur Senkung des Mündigkeitsalters auf 18 Jahre ist zu entnehmen, dass sich der Gesetzgeber bewusst war, dass die absolute Unterhaltspflicht gemäss Art. 277 Abs. 1 ZGB häufig noch während der Ausbildungszeit entfallen wird. Dieser Nachteil sei aber in Abwägung der Vorteile, die ein tieferes Mündigkeitsalter mit sich bringe, hinzunehmen (BBI 1993 I 1180). Es kann somit nicht von einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes oder gar von einem Versehen des Gesetzgebers ausgegangen werden, vielmehr wurde der Gesetzesentwurf im Wissen um dessen Folgen zum Gesetz erhoben. Dass die entsprechende bundesrätliche Argumentation nicht überzeugt, kann – nachdem das Gesetz in Kraft gesetzt wurde – von den rechtsanwendenden Gerichten nicht berücksichtigt werden; diese sind an das Gesetz gebunden.

2.3.6. Weder aufgrund des Gesetzestextes, noch aufgrund der höchstgerichtlichen Rechtsprechung oder der Gesetzesmaterialien, kann der oben skizzierten Lehrmeinung gefolgt werden. Die Unterhaltsansprüche von unmündigen Kindern, Ehegatten und in Ausbildung stehenden Mündigen im Alter zwischen 18 und 20 Jahren sind daher *nicht* als gleichrangig zu qualifizieren, vielmehr gehen die Unterhaltsansprüche der mündigen Kinder jenen des Ehegatten und der unmündigen Kinder nach.

2.4.1. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Unterhaltsbeiträge situationsgerecht nach der Methode des betriebsrechtlichen Existenzminimums mit Überschussverteilung – mithin basierend auf dem erweiterten Existenzminimum der Parteien – berechnet wurden. Der neu auftretende Unterhaltsbedarf der mündigen D.\_\_\_\_\_ wirkt sich dabei nicht auf die Berechnung des erweiterten Existenzminimums des Beklagten aus. Es liegt somit kein verändertes Existenzminimum als Abänderungsgrund im Sinne von Art. 179 Abs. 1 ZGB vor. Soweit die Vorinstanz unter Berücksichtigung der neu aufgetretenen Kosten für die Ausbildung von D.\_\_\_\_\_ das erweiterte Existenzminimum des Beklagten neu berechnete und in der Folge die Unterhaltsverpflichtung des Beklag-

ten gegenüber der Klägerin reduzierte, kann ihrem Vorgehen daher nicht gefolgt werden (vgl. Urk. 3 S. 33 ff.).

2.5. Der zweite methodische Faktor, welcher die Höhe des Unterhaltsbeitrages neben der Berechnung der Höhe des erweiterten Existenzminimums bestimmt, ist die Verteilung des Überschusses. Dabei handelt es sich um einen Ermessensentscheid. Praxisgemäss ist zunächst von einer hälftigen Teilung auszugehen, hernach ist den Lebensumständen und insbesondere allfälligen individuellen Lasten der Eheleute Rechnung zu tragen (Hausheer/Spycher, a.a.O., N. 02.49 f.). Insbesondere ist dabei der Umfang der Betreuungsaufgaben der Parteien und die Obhutazuteilung gemeinsamer Kinder zu berücksichtigen.

Im Rahmen des vorangehenden Eheschutzverfahrens hatten sich die Parteien auf eine hälftige Überschussaufteilung geeinigt, solange D.\_\_\_\_\_ in Ausbildung ist und beim Beklagten wohnt (vgl. von der Vorinstanz beigezogene Akten EE060769 act. 33/4 und 34 Ziff. 7). Vor dem Hintergrund, dass zwar bei beiden Parteien ein Kind wohnt, D.\_\_\_\_\_ aber bereits mündig ist, während C.\_\_\_\_\_ die Mündigkeit noch nicht erreicht hat und aufgrund seiner körperlichen Beschwerden (Cerebralparese) unbestrittenermassen intensiverer Betreuung als D.\_\_\_\_\_ bedarf, besteht kein Spielraum, die Freibetragsaufteilung zu Gunsten des Klägers zu verändern.

2.6. Der vorinstanzliche Entscheid kann daher, soweit er die ursprünglich festgelegten Ehegattenunterhaltsbeiträge aufgrund der Ausbildungskosten von D.\_\_\_\_\_ senkt, auch unter diesem Blickwinkel nicht bestätigt werden.

3.1. Mit Eingabe vom 10. Oktober 2011 teilte die Klägerin mit, der Vater des Beklagten sei am tt.mm.2011 verstorben. Der Beklagte verfüge nun aus der Erbschaft über bedeutende Vermögenswerte. Aus diesen Vermögenswerten sei es dem Beklagten möglich, die Ausbildung von D.\_\_\_\_\_ zu finanzieren, ohne dass die Unterhaltsbeiträge der Klägerin gesenkt werden müssen (Urk. 55 S. 3 lit. B Ziff. 1 ff.).

3.2. Dem hielt der Beklagte mit Eingabe vom 14. November 2011 zunächst entgegen, dass sich seine finanzielle Situation durch den Tod seines Vaters verschlechtert habe, zumal sein Vater nicht äusserst vermögend gewesen sei. Vor dem Tod seines Vaters habe er bei diesem wohnen können, wofür ihm ein monatlicher Betrag in der Höhe von Fr. 1'250.– als Erbvorbezug angerechnet worden sei, weitere Kosten seien ihm für das Wohnen nicht entstanden, insbesondere habe er zur Bezahlung der Wohnkosten keine flüssigen Mittel aufwenden müssen. Da er nun aber zusammen mit seiner Schwester Gesamteigentümer der betreffenden Liegenschaft geworden sei, müsse er zum einen seiner Schwester für die alleinige Nutzung der Liegenschaft Fr. 1'250.– pro Monat als Ausgleichszahlung leisten, zum anderen für die laufenden Unterhalts-, Hypothekar- und Nebenkosten in der Höhe von Fr. 792.– pro Monat selber aufkommen. Insgesamt seien daher in seinem Bedarf seit April 2011 Fr. 2'042.– zusätzlich zu berücksichtigen (Urk. 59 S. 9).

3.3. Unterm 23. Februar 2012 entgegnete die Klägerin in Bezug auf die Erbschaft des Beklagten, dass gemäss Steuerausweis der Vater des Beklagten über ein steuerbares Vermögen von Fr. 2'834'000.– und ein jährliches Einkommen von Fr. 207'700.– verfügt habe. Dass der Beklagte nicht auf die entsprechenden Erbschaftsmittel zugreifen könne, sei weder dargetan noch glaubhaft. Ausserdem habe der Beklagte nicht nachgewiesen, dass er für die behaupteten Kosten auch tatsächlich aufkomme (Urk. 64 S. 4 ff.).

3.4.1. Da der Beklagte eine Senkung seiner Unterhaltsverpflichtung anstrebt, trägt er die Glaubhaftmachungslast der die Senkung begründenden Tatsachen. Er muss glaubhaft machen, dass ihm seine finanzielle Situation nicht erlaubt, seinen Unterhaltsverpflichtungen nachzukommen. Es genügt dabei nicht, einzelne Faktoren, welche die finanzielle Situation beeinflussen glaubhaft zu machen, beispielsweise einzelne neue Lasten, vielmehr muss der Beklagte ein in sich stimmiges Bild seiner Einkommens- und Ausgabensituation glaubhaft darlegen.

3.4.2. Die geltend gemachten Neben- und Unterhaltskosten für die Wohnung des Beklagten scheinen grundsätzlich von moderater Höhe, realitäts-

nah und stehen mit den eingereichten Rechnungen in Einklang (Urk. 61/6-8). Auch spricht nichts dagegen, dass die Rechnungen tatsächlich bezahlt worden sind. Zwar liegen keine einschlägigen Belege im Recht, da aber das Nichtbezahlen von Rechnungen für beispielsweise Heizöl oder Brennerservice häufig zu unangenehmen Rechtsfolgen und insbesondere zu einem Leistungs- bzw. Lieferstopp führen kann, rechtfertigt es sich, von der Bezahlung der Rechnungen auszugehen. Aus *welchen Mitteln* – eigenen oder zur Erbmasse gehörenden – die Rechnungen beglichen wurden, ist aber aus den Akten nicht ersichtlich.

Durch die Abrechnung der H. \_\_\_\_\_ [Bank] vom 29. September 2011 ist einerseits die Höhe der Hypothekarkosten belegt. Andererseits kann ihr aber auch entnommen werden, dass der Beklagte die Zinskosten zumindest für die Periode vom 30. Juni bis 30. Sept. 2011 nicht aus eigenen Mitteln bezahlen musste, sondern dass diese aus einem Konto seines verstorbenen Vaters, mithin aus der Erbmasse, beglichen wurden (Urk. 61/4).

Die Höhe der Ausgleichszahlungen an die Schwester des Beklagten kann der Vereinbarung vom 2. Juli 2011 entnommen werden (Urk. 61/5). Dass tatsächlich Zahlungen erfolgt sind, wird nicht belegt. Dabei ist auch von Bedeutung, dass zwar die Höhe der Zahlungen durch die Vereinbarung vom 2. Juli 2011 belegt ist, sie enthält aber keine Formulierung, dass die Ausgleichszahlung rückwirkend seit April 2011 geschuldet sei, sondern legt vielmehr fest, dass die Zahlungen "ab Ende der Räumung" zu leisten sind (Urk. 61/5). Nachdem der Vater des Beklagten anfangs April 2011 verstorben ist (Urk. 59 S. 7), kann nicht davon ausgegangen werden, dass bereits im selben Monat die Räumung vollzogen war. Eher wahrscheinlich ist, dass die betreffende Formulierung einen Zeitpunkt in der Zukunft, nach dem April 2011 anzeigt. Das genaue Datum ist aber aus den Akten nicht ersichtlich. Die Behauptung, die Ausgleichszahlungen seien ab April 2011 erfolgt, erscheint daher unglaubhaft.

Aus dem von der Klägerin eingereichten Steuerausweis des Vaters des Beklagten erhellt, dass dieser im Jahr 2009 über ein steuerbares Einkommen von mehr als Fr. 200'000.– pro Jahr und über ein steuerbares Vermögen von mehr als Fr. 2'800'000.– verfügte (Urk. 66/10). Dass es zwischenzeitlich zu einem Vermö-

genszerfall gekommen sei, wird keinerseits geltend gemacht. Die Erbeneigenschaft des Beklagten ist nicht bestritten; umstritten, bzw. unbekannt und nicht weiter belegt ist aber, wie sich die Erbmasse zusammensetzt und wie weit die Erbteilung schon fortgeschritten ist (Urk. 59 S. 7 Ziff. 2 ff. und 64 S. 7 Ziff. 2 ff.). Immerhin kann aber der Abrechnung der H. \_\_\_\_\_ vom 29. September 2011 entnommen werden, dass neben der Liegenschaft in I. \_\_\_\_\_ zumindest ein Konto mit genügend Barmitteln zur Bezahlung der bereits erwähnten Zinsen zur Erbmasse gehört (Urk. 61/4).

3.4.3. Bei gesamthafter Betrachtung der soeben dargelegten Umstände ist es dem Beklagten wohl gelungen, gewisse Kosten für seine Wohnung glaubhaft zu machen. Nicht glaubhaft gemacht worden ist aber deren exakte Höhe, deren Periodizität sowie der Zeitpunkt der Entstehung und Fälligkeit der Kosten. Auch konnte der Beklagte nicht glaubhaft machen, dass er alle diese Kosten aus seinem laufenden Einkommen bezahlen muss und dass er dazu keine Mittel aus der Erbmasse anbrauchen kann (vgl. Urk. 61/4). Es ist dem Beklagten daher nicht gelungen, den Sachverhalt so substantiiert darzulegen und glaubhaft zu machen, dass die Kammer eine Senkung seiner Unterhaltsverpflichtung anordnen kann.

3.5. Auch unter Berücksichtigung der neuen Situation nach dem Tod des Vaters des Gesuchstellers ist vorliegend seine Unterhaltsverpflichtung nicht zu senken. Vor diesem Hintergrund besteht im vorliegenden Verfahren keine Notwendigkeit, den Beklagten zur umfassenden Information über seine Vermögensverhältnisse zu verpflichten, so wie es von der Klägerin beantragt worden war (Urk. 55 S. 4 Ziff. 4).

4.1. Schliesslich wies der Beklagte darauf hin, dass die Klägerin als Minderwertentschädigung für die ehemalige Familienwohnung Fr. 150'000.– erhalten habe, wovon ihr Fr. 50'000.– zustünden. Diesen Betrag könne die Klägerin zu 3,5% Rendite anlegen und so ein zusätzliches monatliches Einkommen von Fr. 146.– erwirtschaften (Urk. 59 S. 6). Die Klägerin stellte sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass die postulierte Rendite nicht erreichbar sei und überdies die betreffende Minderwertentschädigung weitgehend zur Deckung von laufenden

Kosten und Rückzahlung von Schulden aufgezehrt worden sei (Urk. 64 S. 5 Ziff. 11 ff.).

4.2. Es ist gerichtsnotorisch, dass ein Laie zurzeit auf einem Betrag von Fr. 50'000.– mit vertretbarem Risiko keine Rendite von 3,5 % erzielen kann. Realistisch ist eine Rendite von 0,5 % bis maximal 0,75 % (z. B. auf einem Festgeldkonto, einem Postdepositekonto oder Kassenobligationen). Der Vermögensertrag würde sich somit auf maximal Fr. 31.25 pro Monat belaufen. Dieses zusätzliche Mehreinkommen erreicht ganz offensichtlich noch nicht die Schwelle der Erheblichkeit, welche eine Abänderung von Unterhaltsbeiträgen rechtfertigen würde.

5. Es muss daher das abschliessende Fazit gezogen werden, dass dem Vorgehen der Vorinstanz nicht gefolgt werden kann. Die Unterhaltsverpflichtung des Beklagten kann nicht gesenkt werden. Im entsprechenden Umfang muss daher das Urteil der Vorinstanz aufgehoben werden.

6.1. Für D.\_\_\_\_\_ bedeutet dies, dass soweit ihr Unterhaltsanspruch durch den Beklagten aufgrund seiner Unterhaltsverpflichtung gegenüber der Klägerin nicht oder nur teilweise erfüllt werden kann, sie direkt gegen die Klägerin – soweit diese unter dem Blickwinkel von Art. 277 bzw. 328 f. ZGB leistungsfähig ist – vorgehen muss (Hausheer/Spycher, a.a.O., N. 08.31, BGE 132 III 209, E.2.3. = Pra 96 (2007) Nr. 6 S. 33; BGer 5C.40/2007, E. 4).

6.2. Der Beklagte hält dem soeben dargelegten Ergebnis entgegen, dass das Einkommen der Klägerin hauptsächlich aus Unterhaltsbeiträgen bestehe. Selbst wenn die Klägerin von der Vorinstanz zu Unterhaltszahlung für D.\_\_\_\_\_ verpflichtet worden wäre, hätte daher die tatsächliche Bezahlung dieser Beiträge über eine Verrechnung mit dem Ehegattenunterhalt erfolgen müssen. Es sei deshalb nicht zu beanstanden, den Bedarf von D.\_\_\_\_\_ im erweiterten Existenzminimum des Beklagten zu berücksichtigen (Urk. 28 S. 7 Ziff. 2.1.).

6.3. Dieser Argumentation steht zunächst die soeben zitierte, klare und gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung entgegen. Sodann ist es nicht zutreffend, dass die tatsächliche Bezahlung von Unterhaltsleistungen an D.\_\_\_\_\_ nur

durch eine Verrechnung stattfinden kann. Es sind durchaus andere Modalitäten denkbar, es besteht keine Verpflichtung, gegenseitige Schulden durch Verrechnung zu tilgen, zumal die Zulässigkeit der von D.\_\_\_\_\_ vorgenommenen Abtretung allfälliger Unterhaltsansprüche an ihren Vater vertieft zu prüfen wäre, mithin unter Umständen gar keine Gegenseitigkeit der Forderung vorliegen würde (Urk. 6/44). Aber selbst für den Fall, dass mit einer Verrechnung gearbeitet wird oder werden muss, kann diese unter Vorbehalt von Art. 125 Abs. 1 Ziff. 2 OR immer noch im Stadium der Erfüllung der Unterhaltsverpflichtung erfolgen. Es besteht somit keine Notwendigkeit, die Verrechnungsmöglichkeiten bereits im Stadium der Festlegung der Unterhaltspflichten zu berücksichtigen. Die beklagte Argumentation kann somit die Berücksichtigung der Kosten für D.\_\_\_\_\_s Ausbildung im erweiterten Existenzminimum des Beklagten nicht rechtfertigen.

#### **V. Unterhaltsbeiträge der Klägerin an D.\_\_\_\_\_**

1. Obwohl D.\_\_\_\_\_ zwischenzeitlich volljährig geworden ist und daher einen allfälligen Unterhaltsanspruch gegen ihre Mutter grundsätzlich in einem selbstständigen Verfahren geltend machen muss, kann dieser Anspruch gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung unter Umständen im Scheidungsverfahren der Eltern geltend gemacht werden. Diesbezüglich kann vollumfänglich auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 3 S. 19 ff.; GVG 161). Dementsprechend beantragte der Beklagte vor der Vorinstanz noch eventualiter, für den Fall, dass seine Unterhaltsverpflichtung gegenüber der Klägerin nicht gesenkt werde, diese zu angemessenen Unterhaltsbeiträgen für D.\_\_\_\_\_ zu verpflichten (Urk. 6/53 S. 2 Ziff. 2.2). Einen entsprechenden Antrag brachte der Beklagte aber in vorliegendem Rekursverfahren nicht mehr ein, er beschränkte sich darauf, die Abweisung des Rekurses zu beantragen (Urk. 28 S. 2).

2. Da vorliegend Mündigenunterhalt zu beurteilen ist, gilt entgegen des Wortlautes von Art. 280 Abs. 2 aZGB nicht die Oficialmaxime. Die Parteianträge sind daher für das Gericht bindend und der Sachverhalt ist nicht von Amtes wegen abzuklären (BSK ZGB I-Breitschmied Art. 280 N 5, Art. 277 N 24; BGE 118 II 93, 95 f., verdeutlicht in BGer 5.C.238/2003 vom 27. Januar 2004 E.1; AmtsGer

LU in SJZ 1992, 316 = ZVW 1993, S. 135 ff. sowie zur analogen Fragestellung bezüglich Art. 287 f. ZGB: ZVW 1980 S. 96 ff.).

3. Gemäss § 279 ZPO/ZH überprüft die Rekursinstanz Verfahren und Entscheid der ersten Instanz nur im Rahmen der Rekursanträge, zumindest soweit es sich um Rechtsverhältnisse handelt, die nicht von der *Offizialmaxime* beherrscht sind. Das Prozessthema des Rekursverfahrens bzw. dessen äusserer Umfang wird durch die Rekursanträge bestimmt und begrenzt (Frank/Sträuli/Messmer, ZPO § 279 N 1). Will sich der Rekursgegner mit einem eigenen Rechtsbegehren umfassend zur Wehr setzen, muss er einen Anschlussrekurs im Sinne von § 278 ZPO/ZH ergreifen (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., ZPO § 278 N 1). Durch dieses Vorgehen kann er den Rahmen des Rekursverfahrens erweitern, verzichtet er darauf, beschränkt sich die Prüfungsbefugnis auf die Anträge des Rekurrenten.

4. Da der Beklagte auf einen Anschlussrekurs verzichtete, wurde eine allfällige Unterhaltsverpflichtung der Klägerin nicht zum Prozessthema und kann in vorliegendem Rekursverfahren nicht geprüft werden.

## **VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

1. Die Vorinstanz hat den Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen stillschweigend dem Endentscheid vorbehalten, weshalb sich eine Regelung für das vorinstanzliche Verfahren erübrigt (vgl. § 71 ZPO/ZH).

2. Die Gerichtsgebühr ist in Anwendung der Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 zu bestimmen (GerGebV; vgl. § 23 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 sowie Ziff. II. 2.1. hiervor). Konkret sind § 5 Abs. 1 GerGebV, § 7 GerGebV sowie § 4 Abs. 3 GerGebV zu beachten. Unter Berücksichtigung der vorliegend zu beurteilenden strittigen Punkte und den damit verbundenen tatsächlichen und rechtlichen Fragestellungen sowie der verschiedenen Noveneingaben ist die Gebühr auf Fr. 5'500.– festzusetzen.

3. Die Kosten des Rekursverfahrens müssen in der Regel von der unterliegenden Partei getragen werden (vgl. § 64 Abs. 2 ZPO/ZH). Gemäss ständiger Rechtsprechung des Obergerichtes sind aber die Kosten des Verfahrens mit Bezug auf Kinderbelange – unabhängig vom Verfahrensausgang – den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Prozessentschädigungen wettzuschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses achtenswerte Gründe zur Antragstellung hatten. Wenn wie vorliegend sowohl Kinderbelange (Beistandschaft) als auch andere Belange (Ehegattenunterhalt) zu regeln sind, muss abgeschätzt werden, in welchem Umfang die Kosten auf die Kinderbelange und die restlichen Belange entfallen. Hernach sind die Kosten betreffend Kinderbelange hälftig aufzuerlegen, die Kosten betreffend anderer Belange gemäss Obsiegen und Unterliegen zu verteilen (§§ 64 Abs. 2 und 68 Abs. 1 ZPO/ZH; ZR 84 Nr. 41).

Vorliegend erscheint die hälftige Verteilung der gesamten Kosten auf die beiden verschiedenen Belange angezeigt. Der Beklagte hatte durchaus achtenswerte Gründe für seinen Antrag betreffend der Beistandschaft von C.\_\_\_\_\_, entsprechend sind die diesbezüglichen Kosten hälftig zu verteilen. Da die Klägerin mit ihrem Antrag, die Senkung ihres Unterhaltsbeitrages sei aufzuheben, obsiegt, ist sie diesbezüglich nicht mit Kosten zu belegen.

Im Ergebnis sind die Kosten des vorliegenden Verfahrens somit dem Beklagten zu  $\frac{3}{4}$  und der Klägerin zu  $\frac{1}{4}$  aufzuerlegen.

Ferner sind die Kosten der Prozessbeiständin von C.\_\_\_\_\_ den Eltern – entsprechend der Praxis zu den Kindesschutzmassnahmen – unabhängig vom Verfahrensausgang je zur Hälfte aufzuerlegen (Kass.-Nr. 2001/395Z d.v. Kass.-Nr. 2002/014/Z). Die Prozessbeiständin wird für ihre Aufwendungen im Rekursverfahren praxisgemäss vorab aus der Gerichtskasse zu entschädigen sein. Über die Höhe ihres Honorars wird mit separatem Beschluss zu entscheiden sein.

4. Die Prozessentschädigung wird gemäss § 69 ZPO/ZH vom Gericht nach Ermessen festgesetzt, wobei bei anwaltlich vertretenen Parteien das Ermessen in dem Sinne beschränkt ist, als die Prozessentschädigung im Rahmen der Verordnung über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) festzusetzen ist

(Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., ZPO § 69 N 2). In vorliegendem Fall ist auf die AnwGebV vom 21. Juni 2006 abzustellen (§ 25 der AnwGebV vom 8. September 2010 sowie Ziff. II.1 hiervor). In Anwendung von § 2 Abs. 1 und 2 AnwGebV, § 4 Abs. 1 AnwGebV, § 3 Abs. 5 AnwGebV, § 7 AnwGebV und § 12 Abs. 2 und 5 AnwGebV sowie § 6 Abs. 2 lit. c AnwGebV und unter Berücksichtigung der doch recht umfangreichen Beanspruchung des Novenrechts ist die Prozessentschädigung für das Rekursverfahren im vorliegenden Fall auf Fr. 7'000.– festzulegen. Gemäss § 68 Abs. 1 ZPO/ZH hat jede Partei die Gegenpartei in der Regel im gleichen Verhältnis für aussergerichtliche Kosten und Umtriebe zu entschädigen, wie ihr Kosten auferlegt werden. Demzufolge ist der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin eine auf die Hälfte reduzierte Prozessentschädigung in der Höhe von Fr. 3'500.– zuzüglich MwSt. von 7.6% auf Fr. 2'625.– und von 8% auf Fr. 875.–, insgesamt Fr. 3'769.50 zu bezahlen.

**Es wird beschlossen:**

1. Der Antrag des Beklagten, für das Kind C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.1997, eine Beistandschaft anzuordnen, wird als durch Rückzug erledigt abgeschrieben.  
Dementsprechend werden die Dispositiv-Ziffern 1 und 2 der Verfügung der Einzelrichterin am Bezirksgericht Zürich vom 25. Mai 2010 (Prozess Nr. FE090133) ersatzlos aufgehoben.
2. In Gutheissung des Rekurses der Klägerin werden die Dispositiv-Ziffern 3 und 4 der Verfügung der Einzelrichterin am Bezirksgericht Zürich vom 25. Mai 2010 (Prozess Nr. FE090133) ersatzlos aufgehoben.
3. Auf die Anträge, vom regelmässigen Therapiebesuch des Kindes C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.1997, Vormerk zu nehmen sowie die Therapeutin aufzufordern, einen Bericht zu erstellen, wird nicht eingetreten.

4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 5'500.–.  
Die Kosten für die Aufwendungen der Prozessbeiständin von C. \_\_\_\_\_ bleiben vorbehalten.
5. Die Kosten des Rekursverfahrens (exklusive der Kosten für die Prozessbeiständin von C. \_\_\_\_\_) werden der Klägerin zu  $\frac{1}{4}$  und dem Beklagten zu  $\frac{3}{4}$  auferlegt.  
Die Kosten für die Prozessbeiständin von C. \_\_\_\_\_ werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
6. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Rekursverfahren vor dem Obergericht des Kantons Zürich eine Prozessentschädigung in der Höhe von Fr. 3'500.– zuzüglich MwSt. von 7.6% auf Fr. 2'625.– und von 8% auf Fr. 875.–, insgesamt Fr. 3'769.50 zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Vormundschaftsbehörde F. \_\_\_\_\_, sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.  
  
Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.
8. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).  
  
Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.  
Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.–.  
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Zürich, 16. März 2012

---

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. Iur. G. Kenny

versandt am:

SS